Boletín Nº 9.021-11

Proyecto de ley, iniciado en moción del Honorable Senador señor Girardi, que modifica el Código Sanitario para autorizar el aborto en los casos que indica y el Código Penal para su despenalización en las mismas hipótesis.

Honorable Senado:

Tengo a bien someter a la consideración de este H. Congreso Nacional, un proyecto de ley que busca despenalizar la interrupción deliberada del embarazo, es decir, el aborto cuando se realiza únicamente para salvar la vida de la madre, en la medida que no existan otros medios para ello; cuando el feto presente o se establezca clínicamente que presentará graves taras o malformaciones físicas o psíquicas; o cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación, caso en el cual, la interrupción del embarazo sólo podrá practicarse dentro de las primeras 12 semanas de gestación.

Nuestra propuesta plantea que, en cualquier caso, se requerirá el consentimiento de la madre, la intervención de un médico-cirujano y la opinión documentada de otros dos médicos-cirujanos.

Como se advierte, el proyecto, salvo por la incorporación de una excepción de carácter ético-social, como es el aborto producto de un delito de violación, prácticamente replica la antigua fórmula que consideró nuestro Código Sanitario desde 1931 hasta el año 1989, cuando fue eliminado sin razón ni fundamento, a lo menos expresado.

No resulta fácil ni comprensible en una sociedad ciertamente conservadora como la chilena proponer una legislación que despenalice determinados tipos de aborto. Máxime si ella además está fuertemente imbuida y compenetrada por los valores y principios filosófico-religiosos del judeo-cristianismo que han inspirado nuestra conformación socio cultural.

Nosotros, lejos de desdeñar dicha concepción valórica, tan sólo queremos explicar contextualizadamente la dificultad y el rechazo que cualquier iniciativa despenalizadora del aborto ha tenido y tendrá -al menos por algún tiempo todavía- en nuestra sociedad.

Con conocimiento de nuestras convicciones sociales pero al mismo tiempo de la dramática y soterrada realidad que presenta en Chile la práctica del aborto, es que hemos querido plantear una iniciativa legislativa que enfrente la práctica abortiva en nuestro país, bajo el ánimo de dar una solución clínica y a la vez jurídica a las diversas situaciones o hipótesis que a este respecto es posible plantear objetivamente, fuera de todo sesgo valórico, emocional, político o filosófico.

En primer lugar, hemos de considerar los antecedentes que sobre esta materia han existido en nuestro país, que ya, como hemos dicho, Chile desde 1931 contemplaba una legislación sanitaria sobre aborto.

En segundo término, debemos tener en cuenta las tendencias modernas de la dogmática penal y la política criminal que Chile desea o desearía implementar sobre esta materia; no resiste más la vigencia de tipos penales como el aborto encuadrados

en un título rubricado como “crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, desde 1874.
El derecho penal es y debe ser de última ratio, esto significa que una sociedad ha de recurrir a este modo extremo de solución de los conflictos sociales cuando no existen otros medios para dicho fin o ellos han fallado. El derecho penal moderno opera entonces por excepción.

Las penas, por otro lado, han ido evolucionando desde penas corporales a penas más acordes a la dignidad humana y a la solución eficaz de los problemas sociales, incluyendo acuerdos reparatorios de tipo económico, incluso ante actos con pena de presidio, como lo ha recogido recientemente nuestro sistema procesal penal. Así lo que se persigue es la eficacia del sistema, el arrepentimiento del agresor, la reparación a la víctima y la solución efectiva del conflicto.

En una sociedad moderna y civilizada la pena privativa de libertad debe ser la excepción, restringiéndola sólo a aquellas conductas que representen un efectivo peligro para la convivencia social. La cárcel hoy no tiene otra justificación que defender eficazmente a la sociedad de nuevos atentados graves en su contra.

El drama y complejidad que rodea la conducta delictiva de abortar lógicamente que no se resuelve con la privación de libertad; con seguridad el Estado dispone de medios más innovadores y eficaces que echar mano a la cárcel para aquellas mujeres que enfrenten la conmoción de querer actuar en contra de la vida que se gesta en su vientre, además de la cuestionable legitimidad del derecho que se atribuye el Estado o Ius Puniendo para proceder sancionando con privación de libertad en estos casos.

Hoy las soluciones penales a este drama van desde la penalización total a cualquier tipo de aborto -caso de Chile- hasta la despenalización total o casi de cualquiera de sus manifestaciones -caso de países como Alemania-, cuyo derecho penal es considerado uno de los más modernos y vanguardistas del mundo.

Los sistemas utilizados por el derecho comparado pueden resumirse en el llamado sistema de indicaciones y el del plazo.

En conformidad al sistema de indicaciones se justifican ciertos abortos bajo ciertos presupuestos tales como cuando está el riesgo la vida o salud de la madre (indicación terapéutica) o existen presunciones fundadas de que el feto desarrollará malformaciones incompatibles con la vida (indicación eugenésica) o el aborto ha hizo fruto de la comisión del delito de violación (indicación ético-social)

En tanto, que en virtud del sistema del plazo se justifica penalmente el aborto cuando se lleva a cabo dentro de cierto tiempo desde el momento de la concepción que normalmente toma como referencia la anidación del óvulo fecundado en el útero o las primeras 12 ó 22 semanas de gestación (modelo español).

Las indicaciones terapéuticas, en general, cuentan con aceptación en la doctrina jurídica comparada, siendo su problema más bien la definición de sus límites y alcances. Así en nuestro país por ejemplo el afamado penalista ETCHEBERRY restringe los fines terapéuticos que justifican el aborto a la intervención para salvar exclusivamente la vida de la madre (en POLITIFF, GRISOLIA Y BUSTOS. Derecho Penal Chileno). La inclusión de la salud bajo esta indicación obviamente que da para pugnas doctrinarias siendo las soluciones penales dispares y combinadas.

Las indicaciones eugenésicas fueron despenalizadas en España por la L.O. 9/1985, de 5 de julio, esto es, aquella que posibilita la interrupción del embarazo cuando se presuma que el feto vaya a nacer con graves taras físicas o psíquicas, -como por ejemplo anencefalia- siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.

La indicación ético social en tanto, concebida cuando estamos en presencia de la comisión de un delito de violación, tampoco ha contado con pasividad en la doctrina, existiendo modelos que la admiten y la rechazan. En Chile, una aproximación a su admisibilidad es la consagración del llamado aborto honoris causa, esto es el que practica la mujer por motivos de honor y que da origen a su favor a una atenuante de responsabilidad penal. No resulta, por tanto que consagrado ello ya en nuestro Código Penal se avance en establecer esta indicación como causal de exculpación.

Sólo en conformidad a estos tres razonamientos y causales hemos querido proponer una nueva legislación penal sobre el aborto, particularmente teniendo en cuanta la realidad jurídica y cultural chilena: el aborto terapéutico largamente consagrado por más de un siglo en nuestra legislación sanitaria aunque restringiéndolo expresamente a los casos de conflicto entre la vida de la madre y el feto; el aborto eugenésico que introducimos en este proyecto y que tiene plena justificación médica y científica y el aborto ético social en casos de violación, sobre todo teniendo en cuenta el privilegio penal que la ley le ha dado a la mujer cuando se ve afectado su honor y dignidad y que creemos debiera ser concebido como un derecho a disponer del curso de su vida sobre todo cuando ha sido violentada y a través de la comisión de un delito.

Para este último caso hemos considerado prudente establecer la indicación combinada con un plazo, transcurrido en cual no es admisible proceder al aborto. Este plazo se propone en 12 semanas que es el que usualmente recogen los sistemas de plazo en el derecho comparado y que coincide con el tiempo relativo en que el producto de la concepción pasa a adoptar la condición de feto, considerado propiamente el bien jurídico protegido por el delito de aborto. Creemos en suma que si la madre ha dejado transcurrir este plazo aun cuando se trate de un embarazo fruto de un delito de violación, no le es admisible invocar la causal para practicarse un aborto impune por cuanto ha tolerado el avance de su embarazo más allá de 12 semanas consintiendo en él en cierto modo máxime si para aquella época, gestacionalmente, ya ha desarrollado un feto que, con las cualidades propias de todo ser humano merece la protección penal asignada al delito de aborto.

Por estas consideraciones, presento a la consideración del Congreso Nacional el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO 1.- Modifícase el Código Sanitario como sigue:

Reemplázase el art. 119 por el siguiente:

“Artículo 119°. Sólo con los fines terapéuticos, eugenésicos o ético-sociales que a continuación se expresan se podrá interrumpir un embarazo.

En caso en que esté en riesgo la vida de la madre y no existan otros medios para evitar dicho riesgo.
Cuando el feto presente o se establezca clínicamente que presentará graves taras o malformaciones físicas o psíquicas.

Cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación.

En este último caso, la interrupción del embarazo sólo podrá practicarse dentro de las primeras 12 semanas de gestación.

En todos los casos, se requerirá el consentimiento de la madre, la intervención de un médico-cirujano y la opinión documentada de otros dos médicos-cirujanos."

ARTÍCULO 2.- Modifícase el Código Penal como sigue:

1) Agrégase a continuación del artículo 342 N° 3° la siguiente oración, reemplazando para dicho efecto su punto final "." por una coma ",":

", fuera de los casos permitidos por la ley."

2) Intercálese en el inciso primero del artículo 344 la siguiente oración, a continuación de la coma ",":

"fuera de los casos permitidos por la ley,"

3) Intercálese en el inciso primero del artículo 345 la siguiente oración, a continuación de la segunda coma ",":

"fuera de los casos permitidos por la ley,

GUIDO GIRARDI LAVÍN
SENADOR.